



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données
Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

Autorité cantonale de la transparence et
de la protection des données ATPrD
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und
Datenschutz ÖDSB

La préposée cantonale à la transparence

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08
www.fr.ch/atprd

—

Réf: MS 2020-Trans-37
T direct: +41 26 305 59 73
Courriel: martine.stoffel@fr.ch

Recommandation

selon l'article 33 de la loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents
(LInf)

concernant la demande de médiation entre

_____ (La Liberté)

et

l'Union fribourgeoise du Tourisme

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Les 17 et 27 janvier 2020, _____, journaliste à La Liberté (le requérant) a demandé accès à la convention avec annexes (le document) concernant l'encaissement des taxes de séjour passée entre l'Union fribourgeoise du Tourisme UFT (l'Autorité) et Airbnb, conformément à la loi sur l'information et l'accès aux documents du 9 septembre 2009 (LInf ; RSF 17.5). Suite à la détermination négative de l'Autorité (20 et 30 janvier 2020, 6 mars 2020), le requérant a déposé une requête en médiation (10 mars 2020) auprès de la préposée à la transparence (la préposée) (art. 33 al. 1 LInf).
2. En raison du coronavirus, la médiation a été suspendue (17 mars 2020) jusqu'au 30 avril 2020, conformément à la volonté des parties.
3. Après avoir repris la médiation, la préposée a invité les parties à une séance de médiation et demandé à l'Autorité de lui transmettre le document sollicité, en vertu de l'article 41 al. 3

LInf (7 mai 2020). L'Autorité a fait parvenir le document sollicité à la préposée (13 mai 2020).

4. La séance de médiation a eu lieu le 20 mai 2020 en présence de _____ (_____ La Liberté) et _____ (_____ La Liberté), _____ (_____ UFT) et _____ (_____ UFT). Pendant la séance, les parties ont convenu en substance que l'Autorité allait consulter Airbnb en vue d'octroyer l'accès au document demandé et donner à Airbnb l'occasion de faire valoir d'éventuels intérêts privés prépondérants au sens des articles 27-28 LInf pour s'opposer à l'accès. La médiation a été suspendue jusqu'à ce que la consultation d'Airbnb ait eu lieu.
5. L'Autorité a communiqué la détermination négative d'Airbnb (10 août 2020) au requérant et à la préposée (11 août 2020) et s'est déterminée de manière négative par rapport à la demande d'accès (9 et 15 septembre 2020).
6. La procédure de médiation n'a pas permis d'aboutir à un accord. La préposée formule dès lors la présente recommandation.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

7. En vertu de l'article 33 al. 1 LInf, toute personne qui a demandé l'accès ou qui a fait opposition en tant que tiers peut, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer par écrit et contre celle-ci une requête en médiation auprès de la préposée. En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (article 14 al. 1 de l'ordonnance sur l'accès aux documents du 14 décembre 2010, (OAD ; RSF 17.54). La personne qui a demandé l'accès peut, si l'organe public ne répond pas dans les délais prévus, déposer une requête en médiation comme si l'accès avait été refusé (art. 13 al. 3 OAD). La requête en médiation a été faite dans les délais et est dès lors recevable.
8. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD). Si la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD). Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf et 14 al. 4 OAD).
9. Lorsqu'une recommandation a été émise, l'organe public rend d'office une décision ; s'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf).

B. Considérants matériels

a) Soumission de l'UFT à la LInf

10. La LInf s'applique aux personnes privées et organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public, dans la mesure où ils peuvent édicter des règles de droit ou rendre des décisions au sens du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA ; RSF 150.1) (art. 2 al. 1 let. b LInf).
11. L'Autorité est « *une association de droit privé d'utilité publique* » (art. 7 al. 1 de la loi sur le tourisme du 13 octobre 2005 (LT; RSF 951.1). Les tâches publiques relatives au tourisme sont réparties entre l'Etat, les communes et les organismes touristiques officiels mentionnés à l'article 6 al.1 LT, dont l'Autorité fait partie (art. 2 al. 1 LT).
12. Le fait que la taxe soit « *payée par les hôtes de passage ou en séjour* » (détermination de l'Autorité du 15 septembre 2020) ne permet pas d'en déduire qu'en la prélevant, l'Autorité n'accomplit pas une tâche publique. Les tâches publiques attribuées à l'Autorité sont fixées par la LT, l'encaissement de la taxe de séjour pour le compte des organismes officiels qui le désirent en fait partie (art. 8 al. 1 let. i LT).
13. Dans le cadre de ses attributions, l'Autorité dispose d'une compétence décisionnelle (par exemple art 8 al. 1 let. d et e LT). Les décisions prises en application de la LT sont sujettes à recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative (art. 73 al. 1 LT).
14. Il en ressort que l'Autorité est une personne privée, qui accomplit une tâche de droit public en prélevant la taxe de séjour, et qu'elle dispose de la capacité décisionnelle. Elle est soumise à la LInf.

b) Intérêt du requérant et document sollicité

15. L'Autorité indique que la demande du requérant « *n'est pas fondée et insuffisamment formulée* » (détermination de l'Autorité du 15 septembre 2020).
16. Le droit à l'information est un droit fondamental : « *Toute personne peut consulter des documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose* » (art. 19 al. 2 2ème phrase de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst.-FR ; RSF 10.1). Le droit d'accès ne dépend d'aucun intérêt particulier et le requérant n'a en principe pas à motiver sa demande¹.
17. La demande d'accès porte sur la convention (avec annexes) passée entre l'Autorité et Airbnb et concernant le prélèvement de la taxe de séjour. Il s'agit d'un document définitif établi ou reçu à titre principal par un organe soumis à la LInf et qui concerne

¹ Recommandation de la préposée à la transparence du canton de Fribourg du 1^{er} octobre 2019, p. 3 consid. 5, VOLLERY Luc, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ 2009 p. 353 ss, p. 386-387 (cité : VOLLERY).

l'accomplissement d'une tâche publique (art. 22 LInf et 2 al. 1 OAD). C'est dès lors un document officiel au sens de la LInf.

18. L'accès doit par conséquent être accordé en principe (art. 20 al. 1 LInf).

c) Document confidentiel

19. L'Autorité indique que « *l'intérêt privé est prépondérant, la mention 'confidentielle' étant présente à chaque page de la convention* » (détermination de l'Autorité du 15 septembre 2020).

20. Le caractère secret/confidentiel ou public d'un document est une qualification qui relève de la loi seule et qui échappe à la volonté des parties. Si un document pouvait être qualifié de confidentiel par les parties, cela reviendrait à admettre que le paradigme de la transparence, voulu par le législateur, puisse trop facilement être renversé par la seule volonté des parties². C'est donc sur la LInf qu'il faut se fonder et non pas sur la volonté des parties.

21. L'Autorité a informé la préposée qu'un document similaire mais qui concerne une autre région que le canton de Fribourg est déjà en possession du requérant (détermination de l'Autorité du 15 septembre 2020). Le requérant n'ayant pas soutenu le contraire, l'on doit admettre que c'est bien le cas. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de demander accès selon la LInf au contrat pour le canton de Fribourg demeure.

d) Intérêt privé prépondérant : révélation de secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication

22. L'Autorité indique que « *l'accord fournit de nombreux aspects techniques sur la plateforme Airbnb qui représentent des informations confidentielles. Airbnb est la première plateforme à offrir une telle solution technique depuis 2014 et s'engage à protéger l'innovation* » (détermination de l'Autorité du 15 septembre 2020). Airbnb, consultée par l'Autorité, relève que « *Die in Rede stehende Vereinbarung enthält zahlreiche Berufs- und Geschäftsgeheimnisse von Airbnb, die schutzwürdig iSd Art. 28 InfoG. So werden in der Vereinbarung zahlreiche technische Einblicke in die Airbnb-Plattform gegeben und Abläufe dargestellt, die proprietäre Information darstellt. Airbnb bietet seit 2014 als erste Plattform eine solche technische Lösung an und ist um Schutz von Innovation bemüht. Weiter ist auch die Vereinbarung als solche ein schutzwürdiges Geschäftsgeheimnis von Airbnb, das insbesondere vor dem Zugriff von Wettbewerbern zu schützen ist* » (détermination d'Airbnb du 10 août 2020).

23. Selon la LInf, l'accès à un document peut être différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 25 al. 1 LInf). Les intérêts publics prépondérants figurent à l'article 26 LInf, les intérêts privés prépondérants aux articles 27-28 LInf.

² Recommandation de la préposée cantonale à la transparence du canton de Fribourg du 1^{er} octobre 2019, p. 3 consid. 4 ; Recommandation du préposé cantonal à la protection des données et à la transparence du canton de Genève du 21 novembre 2014, p. 5 consid. 46.



24. Un intérêt privé prépondérant existe lorsque l'accès, s'il était accordé, révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf).
25. Cette limitation se retrouve un peu partout dans les lois sur la transparence en Suisse. Elle a globalement pour but d'éviter que la révélation de certaines données transmises par des entreprises et des particuliers à l'administration n'entraîne des distorsions de concurrence ou, au sens large, des dommages économiques³. Elle concerne principalement les entreprises.
26. Dans le cadre d'une demande d'accès, le Tribunal fédéral a rappelé que la notion de secret d'affaires, « doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance »⁴.
27. Afin qu'un secret d'affaires puisse être invoqué, la jurisprudence a fixé quatre conditions cumulatives : « il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise ; l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible ; il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif) »⁵. Si un document contient des secrets d'affaires, le principe de proportionnalité voudrait que seuls les passages en question soient gardés secrets, et non pas la totalité du document⁶.
28. La préposée est d'avis que l'Autorité n'a pas précisé en quoi des parties du document ou éventuellement le document dans son ensemble constitueraient un secret d'affaires (art. 28 al. 1 let. a LInf). On ne voit effectivement pas comment ce serait le cas, ni pour des passages, ni pour son ensemble. Le document traite des modalités de perception de la taxe de séjour. Il ne reste que le montant de la taxe qui pourrait constituer un secret d'affaires, mais cette information est publique⁷.
29. Il n'existe donc pas de chiffres à protéger d'éventuels concurrents et qui risqueraient de créer une distorsion de la concurrence si d'autres entreprises les connaissaient, puisque les chiffres sont connus. Un contrat qui règle les modalités de prélèvement de cette taxe ne révèle pas d'information qui est susceptible d'influencer la marche des affaires d'une entreprise. On ne voit pas en quoi les modalités de perception de la taxe de séjour devraient constituer un secret d'affaires au sens objectif du terme. La préposée est d'avis qu'en l'état, un secret d'affaires ne peut pas être invoqué pour ne pas octroyer l'accès au document et ses annexes.
30. Si l'Autorité, dans sa décision, maintient son refus d'octroyer l'accès, il convient d'expliquer en détail quels passages exactement de la convention consistent en des secrets

³VOLLERY, p. 405.

⁴ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019 consid. 2.2 ; ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020 consid. 8.2.

⁵ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019 consid. 2.6 ; ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020 consid. 8.2.

⁶ VOLLERY, p. 391.

⁷ <https://static.mycity.travel/manage/uploads/7/35/33716/4/tableau-des-taxes-de-sejour-dans-le-canton.pdf> (consulté le 16 septembre 2020).

d'affaires afin d'envisager un accès caviardé, conformément au principe de proportionnalité.

e) Atteinte aux relations extérieures du canton

31. L'Autorité fait en outre valoir que l'accès au document porterait atteinte aux relations extérieures du canton de Fribourg (art. 26 al. 1 let. b LInf). Ayant en effet travaillé « *durant deux années pour signer cette convention et obtenir ainsi une égalité de traitement avec tous les hébergeurs du canton Fribourg* », elle est d'avis que sa position vis-à-vis d'Airbnb serait fortement compromise (détermination de l'Autorité du 15 septembre 2020).
32. L'atteinte aux relations extérieures du canton constitue un intérêt public prépondérant que l'on retrouve dans différentes lois en Suisse. Cet intérêt public prépondérant vise notamment à éviter que l'accès à un document soit refusé dans un canton qui ne connaît pas de loi sur la transparence, mais que ce même document puisse être obtenu grâce à la loi sur la transparence dans un canton soumis à ce principe⁸.
33. La doctrine identifie deux conditions cumulatives pour que cet intérêt public prépondérant puisse être invoqué. Premièrement, il faut que le document recherché concerne les relations extérieures du canton, à savoir principalement la collaboration avec la Confédération, les cantons et les organisations régionales, nationales et internationales, les relations internationales directes ainsi que, par extension, les relations avec des communes d'autres cantons. Deuxièmement, il faut que la divulgation du document présente un risque d'atteinte à ces relations. Cette atteinte doit revêtir une importance minimale et le risque qu'elle se réalise doit être sérieux⁹.
34. Dans le cas précis, le document ne provient ni d'un autre canton, ni de la Confédération, mais d'une entreprise privée. Le cas concerne le canton de Fribourg et pas un autre canton, même si Airbnb a conclu ou va conclure des contrats similaires avec d'autres cantons. Il ne s'agit dans ces cas pas du même document.
35. Le document ne concerne donc pas les relations extérieures du canton. La préposée est d'avis que l'Autorité ne peut pas invoquer un risque d'atteinte aux relations extérieures du canton (art. 26 al. 1 let. b LInf) pour refuser d'octroyer l'accès au document et ses annexes.

⁸ VOLLERY, p. 396.

⁹ VOLLERY, p. 397.

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, la préposée recommande :

1. L’Autorité se détermine en faveur de l’accès au document avec ses annexes, conformément aux modalités prévues par la LInf. Elle transmet une copie de sa détermination à Airbnb. Elle l’informe qu’en cas de maintien de son opposition à l’accès au document en invoquant un secret d’affaires (art. 28 al. 1 let. a LInf), Airbnb doit déposer dans les 30 jours qui suivent la détermination une requête en médiation auprès de la préposée (art. 33 al. 1 LInf). Après le délai de 30 jours et sans opposition d’Airbnb, l’Autorité transmet le document au requérant.
2. L’Autorité est dès lors invitée à rendre une décision selon l’article 33 al. 3 LInf et d’en informer Airbnb et la préposée. Cette décision peut faire l’objet d’un recours auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 1 LInf et 114 al. 1 let. f CPJA).
3. La présente recommandation peut être publiée sous forme anonymisée (art. 41 al. 2 let. e LInf).
4. La recommandation est envoyée sous pli recommandé à :
 - > La Liberté, _____, Bd. de Pérolles 42, 1700 Fribourg
 - > Fribourg Région, Union fribourgeoise du Tourisme UFT, _____, Route de la Glâne 107, 1700 Fribourg
 - > Airbnb Ireland UC, private unlimited company, _____, The Watermarque Building, South Lotts Road, Ringsend, Dublin 4, Irlande (version anonymisée)

Fribourg, le 24 septembre 2020

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence